



HAL
open science

Continuité juridique et changement politique

Dušan Hendrych

► **To cite this version:**

Dušan Hendrych. Continuité juridique et changement politique. Cahiers du CEFRES, 2001, Mémoires du communisme en Europe centrale, 26, pp.17-40. halshs-01161862

HAL Id: halshs-01161862

<https://shs.hal.science/halshs-01161862>

Submitted on 9 Jun 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Cahiers du CEFRES

N° 26, Mémoires du communisme en Europe centrale

Georges Mink (Dir.)

Marie-Claire Lavabre, Françoise Mayer, Antoine Marès (Ed.)

Dušan HENDRYCH

Continuité juridique et changement politique

Référence électronique / electronic reference :

Dušan Hendrych, « Continuité juridique et changement politique », Cahiers du CEFRES. N° 26, Mémoires du communisme en Europe centrale (ed. Marie-Claire Lavabre, Françoise Mayer, Antoine Marès).

Mis en ligne en / published on : avril 2010 / april 2010

URL : http://www.cefres.cz/pdf/c26f/hendrych_2001_continuite_juridique_changement_politique.pdf

Editeur / publisher : CEFRES USR 3138 CNRS-MAEE

<http://www.cefres.cz>

Ce document a été généré par l'éditeur.

© CEFRES USR 3138 CNRS-MAEE



Continuité juridique et changement politique

Dušan Hendrych (Faculté de droit, Université Charles)

La question de la continuité ou de la rupture juridique est surtout d'actualité pour les pays qui se constituent ou disparaissent, ou qui, d'une manière ou d'une autre, se transforment, s'unissent ou se séparent. Ce sont souvent des États ou des communautés que l'on qualifie d'instables, soit parce qu'ils se trouvent dans une région qui l'est, soit parce que des changements et des bouleversements interviennent à une époque déterminée. Souvent, ces deux raisons se combinent et se conditionnent l'une l'autre. Il n'est pas rare alors que les gens – tout en ne migrant pas – soient citoyens de plusieurs États et soumis à divers régimes juridiques au cours de leur vie, même si le changement de modèle juridique ne s'accompagne pas toujours d'une rupture juridique. Les pays d'Europe centrale et orientale sont une illustration exemplaire de ce cas de figure, dont les effets positifs et négatifs s'inscrivent profondément dans la vie des individus, des nations et des différentes ethnies installées là depuis des siècles.

Ce n'est donc pas un hasard si les pays en quête d'identité étatique sont plus attentifs aux problèmes de continuité et de rupture que les États où la question de la continuité ne se pose que rarement, parce qu'elle ne met pas en cause la légitimité de l'autorité et le contexte politique relativement stable. Ce qui est en règle générale valable pour la continuité politique ne l'est que davantage pour la continuité juridique, car c'est là que se concentrent les problèmes de légitimité de l'autorité et de la stabilité du contexte politique. En Europe centrale et orientale, la continuité - ou la rupture - juridique a joué au cours du XX^e siècle un rôle exceptionnellement important lors de la constitution des nouveaux États et de la réalisation des changements politiques et sociétaux.

Cette problématique s'est posée pour la première fois avec une acuité particulière, dans le contexte tchèque et slovaque, dans le cadre de la création de la République tchécoslovaque, en 1918. La deuxième fois, pendant la Seconde Guerre mondiale, pour confirmer la continuité étatique et juridique de la République tchécoslovaque et affirmer son existence internationale. La troisième, lors de la séparation de la République fédérative tchèque et slovaque, en 1992.

La question de la continuité juridique ne s'est pas posée uniquement dans ces moments clés pour l'identité étatique, mais également lors d'événements qui ne furent certes pas directement à l'origine de la naissance ou de la disparition de l'État, mais qui inspirèrent des réflexions sur la continuité et la légitimité de l'ancien, ou plutôt du nouveau, régime politique, et sur la stratégie légitime dans le nouveau contexte politique et social¹. Ce sont par exemple les événements consécutifs aux accords de Munich, à l'instauration du Protectorat de Bohême-Moravie et à la création de l'État slovaque, au putsch communiste de 1948 et à novembre 1989.

Le concept de continuité et de rupture juridique

¹ Přibáň, J. : *The Rule of Law in Central Europe. The Reconstruction of Legality, Constitutionalism and Civil Society in the Post-Communist Countries*, éd. Přibáň, J. Young, Ashgate, Dartmouth, 1999, p. 44.

On pourrait définir la continuité juridique comme la validité ininterrompue des prescriptions juridiques, indépendamment des changements qui relèvent de circonstances extérieures. Le contraire est la rupture. H. Kelsen a écrit à ce propos que la révolution n'est, juridiquement parlant, rien d'autre que l'interruption de la continuité juridique. C'est pourquoi il nous faut, en situation révolutionnaire ou dans un cas similaire, régler la question de deux ensembles juridiques, c'est-à-dire des jurisprudences pré-révolutionnaire et post-révolutionnaire. Cela est nécessaire parce que le principe de *lex posterior derogat priori* ne s'applique pas entre les normes de l'ancien droit et du nouveau droit. Cela signifie que le droit pré-révolutionnaire n'existe pas pour le droit post-révolutionnaire, et qu'il n'a donc pas à être supprimé. Cette solution radicale est certes possible, mais, en situation de changements relevant de circonstances extérieures (c'est-à-dire dans les situations révolutionnaires), les opinions qui prévalent généralement sont certes critiques à l'égard de l'ancienne jurisprudence, mais, étant tout de même conscientes des difficultés qu'engendrerait dans la pratique toute solution radicale, elles choisissent le recouvrement, ou l'adoption, de l'ancien droit par le nouveau², ou au moins ne l'acceptent pas directement. Cette forme de recouvrement fut appliquée en 1918, lorsque le droit austro-hongrois subit des transformations sur le territoire de l'État tchécoslovaque nouvellement créé. Dans cette optique, il convient de rappeler que l'opinion exprimée par Kelsen n'a pas toujours été unanimement acceptée, juridiquement parlant, par la communauté juridique. Ses détracteurs s'appuient pour la plupart sur l'argumentation de G. Jellinek, selon laquelle on ne peut mesurer la continuité ou la rupture des rapports juridiques à l'aune de la seule équité, qui est au-dessus du droit, car les configurations juridique et sociale de la vie d'un État ne coïncident pas nécessairement toujours³. Pour ce qui concerne le recouvrement de l'ancienne jurisprudence (d'une partie) par la jurisprudence du nouvel État, il nous faut remarquer que ce recouvrement est désigné, dans le document juridique concerné, comme provisoire. Cette considération n'a certes aucune valeur juridique, mais elle indique que le nouvel État ou les nouvelles conditions sociales et politiques misent sur un changement qui devrait s'effectuer progressivement, afin de permettre l'apparition d'une jurisprudence conforme aux légitimes exigences du nouvel État. On procéda en 1992, lors de la disparition de l'État tchécoslovaque, comme en 1918, lors de sa création⁴.

La continuité de l'évolution constitutionnelle tchécoslovaque (tchèque) entre 1918 et 1989

La période comprise entre octobre 1918, date de naissance de l'État tchécoslovaque, et septembre 1938 revêt une importance fondamentale pour l'évolution constitutionnelle tchèque moderne (et pour les traditions constitutionnelles qui y sont liées). Cette période est appelée Première République. Elle se caractérise par deux faits dominants : l'adoption du droit austro-hongrois sur le territoire du nouvel État et l'adoption de la première constitution tchécoslovaque, en 1920, qui succéda à la constitution provisoire de 1918.

Cette contribution ne s'intéressera qu'au premier cas, à savoir l'adoption du droit austro-hongrois, laquelle s'effectua par la loi n° 11/1918 du Code, publiée dans la presse quotidienne et affichée dès le 28 octobre 1918, bien que la publication dans le Code ne fût effective que le 6 novembre de la même année, sous une forme légèrement modifiée⁵. La

² Neubauer, Zd. : « Kontinuita našeho ústavního práva », *Právník*, 1946, p. 285 et suiv., « Kontinuita a revoluce », *Právní praxe*, 1946, p. 161 et suiv.

³ Jellinek, G. : *Všeobecná státověda*, Praha, J. Laichter, 1906, p. 301.

⁴ Cf. loi constitutionnelle ČNR n° 4/1992 du Code.

⁵ Cf. Weyr, Fr. : *Československé právo ústavní*, Praha, Melantrich, 1937, p. 84.

raison de cette adoption était évidente et découle directement de la lettre de la loi. Afin d'assurer la lisibilité juridique, il fallait garantir la continuité matérielle entre l'ancienne jurisprudence austro-hongroise, d'une part, et la nouvelle jurisprudence tchécoslovaque, de l'autre. Ce qui se fit sous la forme de l'adoption de la teneur de la jurisprudence « pré-révolutionnaire » par la jurisprudence « post-révolutionnaire », à savoir tchécoslovaque. La loi citée stipulait également que toutes les lois et dispositions régionales et impériales antérieures restaient provisoirement en vigueur. En fait, c'est toute la jurisprudence austro-hongroise qui fut adoptée⁶ ; elle ne fut transformée que très progressivement et jamais achevée pendant la période évoquée ici.

Aux termes des accords de Munich, une partie du territoire de Bohême et de Moravie fut rattachée à l'Allemagne et, en Slovaquie, le mouvement nationaliste réussit à obtenir, du fait de l'affaiblissement de la République tchécoslovaque, la reconnaissance d'une large autonomie. L'autonomie s'imposa également en Ruthénie⁷. Ainsi commença l'ère de la Seconde République, qui fut courte, mais riche en événements. Ce fut une importante violation de la constitution tchécoslovaque, qui définissait la République tchécoslovaque comme un État indivisible et tirait de cette conception un certain nombre de conséquences pour la jurisprudence du pays. D'autres violations de la Constitution suivirent du fait de la situation de crise qui s'instaura lorsque la loi constitutionnelle accorda au président de la République le droit de changer par décret la Charte constitutionnelle et donna au gouvernement des pouvoirs de réglementation exceptionnels. Les mesures évoquées ici peuvent être assimilées à une profonde modification des principes constitutionnels, voire à une défaite de la constitutionnalité et au début du régime totalitaire, qui dura, sous diverses couvertures idéologiques et avec quelques courts répit, jusqu'à la fin de l'année 1989. C'est aussi pour cela que la Seconde République est le commencement de l'époque d'assujettissement.

Le 15 mars 1939, la République tchécoslovaque cesse de fait d'exister. La Slovaquie devient un État formellement indépendant, les pays tchèques sont intégrés au Reich allemand et deviennent Protectorat de Bohême-Moravie (*Protektorat Böhmen und Mähren*). La Ruthénie (Ukraine subcarpatique) et une partie de la Slovaquie sont rattachées à la Hongrie. À cette époque, la question du maintien de la continuité de la République tchécoslovaque des années 1918 à 1938 et de sa jurisprudence devient une question fondamentale et revêt une importance existentielle. Les raisons données pour la défense du maintien de cette continuité se transformèrent en arguments essentiels pour que la Tchécoslovaquie fût reconnue à l'étranger comme un sujet de droit international n'ayant jamais cessé d'exister. Eduard Beneš le formula en ces termes : « Notre révolution nationale à l'étranger, au cours de la Seconde Guerre mondiale, devait donc signifier, sur le plan juridique, le rétablissement de la situation juridique de la Première République contre celle du Protectorat. Le premier principe que notre gouvernement de Londres autorisa fut le principe de la continuité juridique. Il appliqua cette

⁶ Remarque : la constitution autrichienne de 1867 laissa à la Bohême, à la Moravie et à la Silésie leur dénomination juridique officielle : royaume de Bohême, margraviat de Moravie et duché de Silésie. Chacune de ces régions, tout comme les 17 unités administratives, disposait de son propre corps législatif, qui édictait les lois. Les lois impériales et régionales avaient valeur équivalente et leurs rapports mutuels n'étaient pas régis selon le principe juridique allemand « *Reichsrecht bricht Landrecht* », mais sur la règle *lex posterior derogat priori* (Weyr, Fr. : *op. cit.*, p. 78).

⁷ La Charte constitutionnelle de la République tchécoslovaque de 1920 contient, dans son § 3, une disposition relativement détaillée concernant le territoire autonome de Ruthénie subcarpatique, auquel « sera accordée la plus large autonomie possible dans le respect de l'unité de la République tchécoslovaque » (paragraphe 2). La Constitution ajoutait que « la Ruthénie subcarpatique dispose d'un parlement propre qui élit sa présidence » (paragraphe 3) et que le parlement de Ruthénie a compétence pour arrêter des lois dans des cas nommément déterminés, éventuellement dans certains domaines que les lois de la République tchécoslovaque transféreraient à ce parlement (paragraphe 4). L'application réelle et entière de cette disposition n'intervint que dans un autre contexte politique et lors de la disparition de l'entité étatique tchécoslovaque.

continuité juridique d'abord par rapport à l'étranger, c'est-à-dire au plan du droit international, afin de souligner « l'inexactitude » internationale de tout ce qui se déroula à Munich et après Munich »⁸. Ce travail ne vise pas à d'étudier cette question pendant et après la guerre. Je renvoie pour ce faire à la riche littérature historique et juridique existante⁹. Il est toutefois nécessaire de répondre ici aux arguments juridiques des auteurs tchèques et slovaques pour savoir si le décret présidentiel du 15 octobre 1940 sur l'exercice provisoire du pouvoir législatif, qui fut pris en situation de crise constitutionnelle, était une simple déclaration affirmant que la jurisprudence de la République tchécoslovaque des années 1918 à 1938 continuait d'être en vigueur ou s'il était un acte constitutif de la nouvelle réglementation juridique nationale adoptant la jurisprudence de la République tchécoslovaque suscitée. L'évolution politique d'après guerre plaiderait plutôt pour le second terme de l'alternative, que nous pourrions, *cum grano salis*, qualifier de continuité juridique matérielle, non de continuité juridique formelle, car celle-ci venait d'être rompue par le décret lui-même. Plaide également pour la continuité juridique matérielle le décret présidentiel du 3 août 1944 sur le rétablissement de l'ordre juridique, qui a un caractère prescriptif¹⁰.

Après la Seconde Guerre mondiale, la courte période qui prit fin en février 1948 se distingua par une sorte de contradiction dialectique entre la volonté de rétablir la démocratie et la constitutionnalité dans l'esprit des traditions de la Première République, de développer et d'enrichir ces traditions dans le nouveau contexte sociétal, et l'aspiration communiste à bâtir une société socialiste sur le modèle soviétique. Nous connaissons le résultat. Mais il convient de voir la période comprise entre mai 1945 et février 1948 comme le laps de temps au cours duquel l'ordre juridique put être restauré. Cette restauration comportait en fait :

- l'expression de la continuité avec la jurisprudence de la Première République ;
- des mesures excluant de la jurisprudence tchécoslovaque les prescriptions juridiques adoptées entre le 30 septembre 1938 et le 4 mai 1945 (c'est-à-dire pendant l'époque d'assujettissement).

Dans ce contexte, la continuité de la jurisprudence était surtout le fruit de dispositions intérieures fixées par le décret constitutionnel présidentiel n° 11 de 1944 sur le rétablissement de l'ordre juridique, lequel fut par la suite approuvé et de nouveau promulgué, devenant la loi n° 12/1946 du Code, par laquelle sont adoptées, complétées et modifiées les dispositions concernant le rétablissement de l'ordre juridique. La teneur de ce décret constitutionnel traduisait le fait que les dispositions juridiques et constitutionnelles de l'État tchécoslovaque, jusqu'au 29 septembre 1938 inclus, étaient reconnues comme jurisprudence tchécoslovaque. Il excluait également de la jurisprudence tchécoslovaque les dispositions juridiques intérieures qui avaient été prises pendant l'époque de non-liberté par les organes de la Deuxième République, du Reich allemand, du Protectorat et de la République slovaque. Le décret constitutionnel fixait le début de l'époque de non-liberté au 30 septembre 1938. Le terme en était déterminé par le décret gouvernemental n° 31/1945 du Code, qui fixait au 4 mai 1945 la fin de l'époque de non-liberté dans le domaine des ordonnances se rapportant au rétablissement de l'ordre juridique.

Le décret constitutionnel présidentiel n° 11 de 1944 devait aussi traiter de la question des ordonnances émises par les instances étatiques à l'étranger, c'est-à-dire se demander dans quelle mesure et comment les décrets constitutionnels et les décrets présidentiels, ainsi que les

⁸ Beneš, E. : *Světová krize, kontinuita práva a nové právo revoluční*, Praha, Linhart, 1946.

⁹ Cf. par exemple Budník, J. : *Prozatímní státní zřízení Československé republiky* (Poznámky k otázce kontinuity státu československého a jeho právního řádu), Praha, Čs. Kompas, 1947, et la littérature indiquée dans cet ouvrage. Kuklík, J. : *Londýnský exil a obnova československého státu 1939-1945*, Praha, Karolinum, 1998, Pavlíček, V. : « O kontinuitě a diskontinuitě », *Právní praxe*, n° 4-6 de l'année 1993, « Státnost česká a československá – tradice a kontinuita » (Příspěvky z vědecké konference konané ve dnech 4.-5. 6. 1998 v Zahrádkách, věd. Red. Pavlíček, V.), Praha, Karolinum, 1999.

¹⁰ Cf. par exemple Budník, J. : *op. cit.*, p. 75 et suiv., Pavlíček, V. : *op. cit.*

ordonnances émises par le président de la République à l'étranger pendant la période de non-liberté, deviendraient une composante de la jurisprudence tchécoslovaque. Ce décret constitutionnel stipulait que tous ces règlements seraient soumis à ratification ultérieure par les organes constitutionnels compétents. Ce que plusieurs lois concrétisèrent, au premier rang desquelles la loi constitutionnelle n° 57/1946 du Code, par laquelle furent adoptés et reconnus comme loi les décrets présidentiels. L'article I paragraphe 2 le formulait en ces termes : « Tous les décrets présidentiels sont considérés comme lois dès leur élaboration ; les décrets constitutionnels sont eux aussi considérés comme lois constitutionnelles. »

La reconnaissance de la rupture de la jurisprudence tchécoslovaque avec les prescriptions juridiques intérieures émises pendant l'époque de non-liberté fut, dès le début, complexe et ambiguë. En fin de compte, dans le décret en question, cette discontinuité fut formulée en des termes prudents et certaines corrections y furent même apportées par la suite, lorsque les conditions qui avaient réellement existé sur le territoire de la République tchécoslovaque furent mieux connues. Mais, lors des prises de décision, le principe de la lisibilité juridique et de l'incompatibilité des règlements intérieurs avec l'esprit ou les principes démocratiques de la constitution tchécoslovaque prévalut toujours.

N'étaient totalement exclues de la jurisprudence tchécoslovaque que les dispositions juridiques promulguées pendant l'époque de non-liberté dans les domaines suivants : droit pénal, procédure pénale, droit de la personne et droit de la famille. Toutefois, pour ces deux dernières catégories, l'entrée en vigueur du décret constitutionnel fut différée de trois mois par rapport aux autres dispositions dudit décret, en application de l'arrêté du ministre de l'Intérieur n° 30/1945 du Code sur la validité du décret constitutionnel présidentiel du 3 août 1944, n° 11 du Journal officiel de la Tchécoslovaquie, sur le rétablissement de l'ordre juridique.

Dans les autres domaines, le décret constitutionnel sur le rétablissement de l'ordre juridique n'était pas si rigoureux. Dans l'article II, le paragraphe 1 stipule : « Sur décision des instances législatives continuent d'être appliqués à titre tout à fait temporaire... ceux dont le contenu n'est pas contraire à l'esprit ou aux principes démocratiques de la constitution tchécoslovaque (de la Charte constitutionnelle, de leurs actes et lois la modifiant ou la complétant, publiés avant le 30 septembre 1938). » D'autres ajouts et modifications furent introduits par la loi n° 12/1946 du Code, par laquelle furent adoptées, complétées et modifiées les ordonnances sur le rétablissement de l'ordre juridique.

La Slovaquie connut, après la Libération, une situation particulière, surtout en ce qui concerne les compétences révolutionnaires du Conseil national slovaque (CNS). Il convient de citer au moins deux actes du Conseil national slovaque qui influèrent, d'une part, sur la formulation de la continuité/rupture de la jurisprudence tchécoslovaque, d'autre part, sur la compétence territoriale du décret constitutionnel présidentiel concernant le rétablissement de l'ordre juridique.

Le premier est l'ordonnance du Conseil national slovaque n° 1/1944 du Recueil des ordonnances du CNS sur l'exercice du pouvoir législatif, gouvernemental et exécutif en Slovaquie, selon lequel tous ces pouvoirs sont exercés par le Conseil national slovaque. Il stipule également que toutes les lois, ordonnances et dispositions restent en vigueur dès lors qu'elles ne sont pas en contradiction avec l'esprit démocratique et républicain, mais sans indiquer expressément à quelle époque se rapporte cette affirmation de la continuité juridique. Le second est l'arrêté du Conseil national slovaque n° 30/1945 du Recueil des ordonnances du CNS sur le pouvoir législatif en Slovaquie. Cet arrêté, tout en continuant de reconnaître la compétence législative du Conseil national slovaque, ne lui attribue pas pouvoir discrétionnaire en la matière. La formulation choisie selon laquelle le Conseil national slovaque exerce sa compétence en accord direct avec le Président et le gouvernement de la République tchécoslovaque, est une concession à l'autorité de l'État tchécoslovaque. Cette

compétence revient, en matière de pouvoir législatif à caractère national, au Président, après accord avec le Conseil national slovaque, lequel fixe que la détermination du caractère national est conditionnée à l'accord du gouvernement de la République tchécoslovaque et du Conseil national slovaque. Pour ce qui concerne la continuité juridique, le paragraphe 2 de l'arrêté n° 1/1944 du Recueil des ordonnances du CNS n'a pas été supprimé.

Cette formulation compliquée des ambitions du Conseil national slovaque au sein de la nouvelle Tchécoslovaquie a eu entre autres conséquences celle de voir les prescriptions juridiques sur le rétablissement de l'ordre juridique entrer en vigueur uniquement en Bohême, Moravie et Silésie, non en Slovaquie. C'est ainsi que la continuité de la jurisprudence fut dès l'origine exprimée différemment, ce qui d'ailleurs ressort des approches politiques différentes des représentations tchèque et slovaque à l'égard de l'époque de non-liberté et de l'évolution future dans le cadre de l'État commun.

La période comprise entre 1948 et 1989 est marquée, au niveau constitutionnel, par trois documents importants :

- la constitution de 1948, dite Constitution du 9 mai,
- la Constitution de la République socialiste tchécoslovaque de 1960
- et la loi constitutionnelle sur la fédération tchécoslovaque de 1968, qui modifiait et complétait *de facto* la Constitution de 1960.

Cette période s'est caractérisée, à des degrés divers, par une répression, franche ou larvée, de la constitutionnalité et de la légalité sous toutes leurs formes, par un total irrespect de l'État de droit, des droits de l'homme et des libertés. À cette époque fut également définitivement renié le principe d'un État tchécoslovaque unitaire, car l'adoption de la loi constitutionnelle sur la fédération tchécoslovaque marqua l'avènement d'une nouvelle tradition constitutionnelle qui perdura jusqu'à la disparition de la Tchécoslovaquie, en 1992.

Du point de vue de la continuité/rupture juridique qui prévalait à cette époque, et dans le cadre particulier du putsch communiste de février 1948, il importe de relever ceci : il n'a pas abouti à une rupture juridique au sens habituel du terme – en tant que conséquence directe de la révolution –, parce que le régime d'alors s'est scrupuleusement employé à présenter ce « changement » comme un processus respectueux de la Constitution, ce qui, dans une conception fondamentaliste de la légalité et sans préjuger de la légitimité d'une telle démarche, fut globalement accepté. Mais le signal du changement fut donné par Klement Gottwald, en 1948, lorsqu'il prononça sa fameuse phrase sur le droit bourgeois, qui est une « vieille outre dans laquelle nous verserons du vin nouveau ». Ce fut en quelque sorte le signal de départ d'une transformation radicale de la jurisprudence démocratique d'alors en une jurisprudence de type socialiste - en un droit socialiste entendu comme droit de la classe ouvrière -, qui fut formellement initié avec le « plan biennal du droit ». Cette transformation eut des conséquences aussi considérables que défavorables sur la conception du droit, de l'État de droit, de la législation, de la défense des libertés et des droits fondamentaux de l'homme, du contrôle judiciaire de l'administration publique. Cela représenta une grave violation de la continuité des traditions et du développement de la culture juridique européenne, et nous ressentons aujourd'hui encore, dans notre pays, les conséquences de l'instauration du droit socialiste et de son action.

Le problème de base était la relation entre droit et pouvoir. Les constitutions de cette époque étaient essentiellement un document politique qui, tout en remplissant certaines exigences relevant de la constitution, n'étaient pas un recueil de normes juridiques applicables en l'état. La relation entre droit et pouvoir fut formulée dans la Constitution de 1960, qui confirmait, entre autres, le rôle dirigeant du parti communiste dans la société et au sein de l'État et élevait le marxisme-léninisme au rang de doctrine étatique mondiale (articles 4 et 16 de la constitution), pour le plus grand bien du pouvoir. La fédéralisation de 1968 contribua elle aussi à la déliquescence de l'unité étatique tchécoslovaque, bien que la revendication de

la représentation slovaque en la matière fût légitime. L'organisation fédérative de la Tchécoslovaquie fut calquée principalement sur le modèle soviétique et sur la politique des minorités du Parti communiste de l'Union soviétique. Cependant, l'émancipation des nations et le droit à l'auto-détermination firent, chez nous comme en Union soviétique, l'objet d'une légalisation purement formelle au détriment du respect des droits et des libertés de l'homme. La centralisation renforcée dans la conduite des affaires politiques et économiques pendant la période de « normalisation » montra que le « fédéralisme socialiste » était contraire à la notion de fédéralisme moderne européen, dont les objectifs sont la collaboration, l'unification et la recherche d'un équilibre entre la souveraineté limitée des sujets membres et leur participation au pouvoir de l'État commun.

Continuité juridique et transformation politique après 1989

Nous pensons la continuité/rupture juridique en termes de changements révolutionnaires qui peuvent avoir pour conséquence une rupture juridique sans qu'il soit nécessaire de le déclarer explicitement. Mais si nous voulons, pour quelque raison que ce soit, maintenir la continuité de la jurisprudence ou certains de ses éléments, il nous faut avant tout réfléchir à la façon dont l'ancienne jurisprudence doit être adoptée, « incorporée » au contexte de la nouvelle jurisprudence. Avons-nous, après novembre 1989, adopté la jurisprudence en des termes explicites ou avec une certaine prudence – et en avons-nous ainsi fait un élément constitutif de la nouvelle jurisprudence – ou avons-nous opté pour une autre voie, à savoir commencé à changer l'ancienne jurisprudence, par petites touches et non de façon systématique, conformément aux légitimes exigences des citoyens, sans avoir expressément décidé de maintenir sa continuité et sa portée ? Cette démarche a-t-elle répondu aux attentes suscitées par les événements de novembre 1989 ?

Une fois de plus se confirma le fait que la continuité est, dans la culture juridique occidentale, une donnée évidente de la lisibilité juridique. Ce que Fuller confirme : « La nécessité de la continuité du droit, en dépit des changements de gouvernement, saute tellement aux yeux que tout un chacun pense que cette continuité est une évidence. Elle ne devient un problème que lorsque nous tentons de faire du droit une émanation de l'autorité formelle et excluons de son fonctionnement l'influence possible du jugement humain et de la perception intuitive. »¹¹ La voie de la rupture juridique, que certains en Tchécoslovaquie appelaient de leurs vœux, car elle représentait une cassure radicale avec la période précédente et la meilleure possibilité de revenir sans tarder au modèle du système étatique tchécoslovaque des années 1918 à 1938 et à sa jurisprudence, apparut dès l'origine impraticable. Pour ce qui touche à la restauration de la jurisprudence tchécoslovaque d'alors, ces avis m'ont toujours semblé légitimes – encore que, d'une certaine façon, étant donné le contexte, émotionnels, fantasmatiques et par conséquent irréalistes. Cela ne veut cependant pas dire que je n'adhère pas aux revendications révolutionnaires, très justifiées, demandant un système politique libéral en prise avec la société civile, la souveraineté du droit, la justice, le respect des droits et des libertés de l'homme¹².

Le problème de la continuité/rupture juridique, lors de changements révolutionnaires tels que ceux des États d'Europe centrale et orientale, ne peut être séparé de la recherche de la légitimité et de la légalité de ces transformations. Cela est nécessaire surtout au regard du maintien de la continuité juridique qui caractérisa plus ou moins largement les événements de 1989. Mais la situation de ces États n'était pas assimilable à un seul événement historique qui

¹¹ Fuller, L. L. : *Morálka práva*, Praha, Oikoymenth, 1998, p. 138.

¹² *The Rule of Law in Central Europe. The Reconstruction of Legality, Constitutionalism and Civil Society in the Post-Communist Countries*, éd. Přibáň, J., Young, J., Ashgate, Dartmouth, 1999, p. 29 et suiv.

aurait eu une même dynamique juridique et politique et se serait déroulé dans le même laps de temps. Les différences entre la Pologne et la Hongrie, d'une part, la Tchécoslovaquie, la RDA et les autres pays, d'autre part, étaient évidentes ; dans ces derniers, la rupture intervint très rapidement et sans que ces pays s'y soient suffisamment préparés¹³. Ces dissemblances influèrent également sur la nécessité de maintenir totalement ou partiellement l'ancienne jurisprudence.

En Tchécoslovaquie, après les événements de novembre 1989, la jurisprudence de l'État socialiste ne cessa pas explicitement d'être appliquée, et la validité ou l'effectivité de certaines prescriptions juridiques ne furent pas remises en question par un acte particulier, comme cela avait été le cas en 1918 ou en 1944, lorsque l'ordre juridique de la Première République avait été rétabli. Cette constatation montre qu'aucune solution acceptable n'avait été envisagée sur cette question. Pourtant, dès les premières semaines qui suivirent novembre 1989, fut adoptée une palette de dispositions constitutionnelles destinées à éliminer les plus importantes dérives. Dans ce genre de situation, procéder à des modifications constitutionnelles est une nécessité si l'on veut mettre un terme au monopole du pouvoir. Ainsi fut engagée une révision de la jurisprudence dont l'idée directrice était qu'il est certes impossible de décréter la rupture juridique, mais qu'il faut rapidement trouver une voie efficace pour remédier à toutes les dérives et élaborer un cadre juridique conforme au standard de tout État européen moderne.

Pour ce qui est de la révision de la Constitution, l'article sur le rôle dirigeant du parti communiste dans l'administration publique et la société fut abrogé, ainsi que l'article faisant du marxisme-léninisme le fondement de la culture politique, de l'instruction, de l'éducation et de l'enseignement. Parmi les autres changements qui virent peu à peu le jour, citons ceux qui permettaient la transition vers une société ouverte et le rétablissement des institutions démocratiques dans le domaine de la gestion territoriale et des intérêts. La garantie apportée à une égale protection de toutes les formes de propriété représenta un changement considérable.

Pour ce qui concerne la problématique de la continuité juridique, la loi n° 23/1991 du Code, qui instaurait la Charte des libertés et des droits fondamentaux, mérite une mention particulière. Cette loi stipulait, entre autres choses, que toutes les lois constitutionnelles, toutes les lois en général et toutes les dispositions juridiques, leur exposé et leur application, doivent être conformes à la Charte des libertés et des droits fondamentaux et que ces droits sont garantis et protégés par le Conseil constitutionnel. Cette disposition ouvrait une brèche qui posait les bases d'une nouvelle conception de la protection judiciaire, non seulement des droits fondamentaux, mais aussi de tous les droits des personnes physiques et morales établis par la loi. Il convient de préciser, à propos des autres dispositions de cette loi constitutionnelle, que les traités internationaux ratifiés et publiés se rapportant aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales ont valeur d'engagement sur le territoire de l'État et priment sur la loi. À cette époque, il n'était cependant pas encore possible de donner à cette pensée le caractère d'engagement ferme et définitif que revêtent tous les traités internationaux, comme c'est le cas dans la plupart des constitutions des États européens. Il semble qu'alors cette formulation moderne des rapports entre le droit intérieur et le droit international eût suscité la crainte d'une perte ou d'une limitation de la souveraineté de l'État, crainte elle-même provoquée par la doctrine de souveraineté limitée chère à Brejnev. En République tchèque, cette conception est aujourd'hui acceptable, du fait principalement de nos nouveaux engagements internationaux (OTAN) ou des engagements à venir (Union européenne). Pour ce qui est de déterminer plus précisément quelles prescriptions juridiques adoptées par le passé continuent d'être en vigueur (donc applicables), les ordonnances provisoires revêtent une importance certaine. Selon elles, les lois et autres prescriptions

¹³ Voir note 11, p. 37 ; Ash, Garton, T. : *We The People*, London, Granta Books, 1990 ; Dahrendorf, R. : *Úvahy o revoluci v Evropě*, Praha, 1991 ; Groen, A. : *Nach dem Fall der Mauer*, Amsterdam, 1997.

juridiques doivent être rendues conformes à la Charte des libertés et des droits fondamentaux au plus tard le 31 décembre 1991. À compter de ce jour, les ordonnances et dispositions qui ne seront pas en conformité avec la Charte ne seront plus en vigueur. Des problèmes d'interprétation sont apparus dès le début, notamment de savoir qui, en cas de doute, a compétence pour déclarer d'autorité que telle ou telle ordonnance juridique ou telle ou telle de ses dispositions est ou n'est pas conforme à la Charte et, par conséquent, est ou n'est pas valide après la date ci-dessus mentionnée. L'avis dominant était qu'en cas de doute seul un tribunal pouvait décider de la validité ou de la nullité de la chose jugée¹⁴.

C'est de cette époque aussi que date le rétablissement de la juridiction administrative dans son rôle de garant du contrôle judiciaire de l'administration publique. Ce ne fut pas fait selon le modèle de juridiction administrative de la Première République, c'est-à-dire en constituant un haut tribunal administratif extraordinaire, mais dans le cadre de la juridiction courante, en modifiant et complétant le code de procédure civile, en 1991. Parmi les lois adoptées à cette même époque, il convient de citer, étant donné le sujet traité, la loi sur les communes, les lois électorales, la loi sur le droit de pétition, celle sur le droit de rassemblement, mais également la problématique « loi de lustration ».

L'aspect constitutionnel de la dissolution de la République fédérative tchèque et slovaque (RFTS)

C'est une question difficile qui a été souvent décrite et commentée¹⁵. C'est pourquoi je me contenterai d'évoquer la solution adoptée pour déterminer le statut juridique des États successeurs, c'est-à-dire la République tchèque et la République slovaque.

C'est la loi 542/1992 du Code qui entérina la dissolution de l'État tchécoslovaque, en date du 31 décembre 1992, loi qui fut approuvée le 25 novembre de la même année après de longs débats et au second tour de scrutin. Premièrement, cette loi constitutionnelle arrête la date de la dissolution de la République fédérative tchèque et slovaque. Deuxièmement, elle stipule que les États qui succèdent à la RFTS sont la République tchèque et la République slovaque, lesquelles héritent des prérogatives qui étaient jusque-là du ressort de la RFTS. Troisièmement, cette loi constitutionnelle stipule que disparaissent, le jour de la dissolution de l'État, ses organes, organismes publics fédéraux, ainsi que l'armée et les corps d'armée fédéraux. Quatrièmement, la loi constitutionnelle oblige les corps législatifs composés des députés élus lors du scrutin de 1992 tant à la chambre fédérale qu'à la chambre de chaque république à exercer, à partir du 1^{er} janvier 1993, le pouvoir législatif dans les États successeurs. Mais cette disposition ne fut respectée par aucun des corps législatifs des deux républiques. Dans ce contexte, il nous faut parler de la réaction du Conseil national tchèque,

¹⁴ C'est la constitution de la République tchèque qui mit définitivement un terme aux situations de doute (y compris en ce qui concerne la compétence de tel ou tel tribunal). Elle stipule, dans son article 95, que le juge est tenu de décider dans le respect de la loi et qu'il a compétence pour juger de la conformité de la moindre ordonnance juridique avec la loi. Pour ce qui est de déterminer si la loi qui doit s'appliquer pour juger une affaire concrète n'est pas incompatible avec la loi constitutionnelle, le tribunal soumet l'affaire au Conseil constitutionnel. La modification spécifique apportée à la loi constitutionnelle n° 23/1991 du Code était ainsi soumise au régime général de la Constitution. Cf. également *Ústavní soud České republiky : Sbirka náleží a usnesení č. 36, sv. 1*, Praha, C. H. Beck, 1994.

¹⁵ Cf. par exemple Hendrych, D. : « Constitutionalism in the Czech Republic », in : *The Rule of Law in Central Europe*, éd. J. Přibáň and Young, Ashgate, Dartmouth, 1999, p. 23 et suiv. ; Pavlíček, V. et coll. : *Transformace ústavních systémů střední a východní Evropy, I. část*, Právnická fakulta UK, 1999 ; Pithart, P. : « L'asymétrie de la séparation tchéco-slovaque », in : *le Déchirement des nations*, éd. Jacques Rupnik, Paris, éditions du Seuil, 1995, p. 157 ; *Státnost česká a československá – tradice a kontinuita*, Praha, Karolinum, 1999 ; Stein, E. : *Czecho/Slovakia, Ethnic Conflict Constitutional Fissure Netoriated Breakup*, The University of Michigan Press, 1997.

qui adopta sa propre loi constitutionnelle n° 4/1992 du Code, laquelle revêt une importance particulière pour le maintien de la continuité juridique avec la jurisprudence de l'ancien État tchécoslovaque et pour la reconnaissance internationale de la République tchèque en temps qu'héritier des droits et obligations y afférents. Par ailleurs, le Conseil national tchèque se déclarait, par sa résolution n° 5 de la même année, souverain en ce que seul ce corps législatif a le droit exclusif de modifier le cadre constitutionnel de la République tchèque : il ne laissait ainsi aucune place au doute sur la continuité de son pouvoir législatif. Cinquièmement, la loi constitutionnelle n° 542/1992 du Code contient les dispositions concernant les affaires ressortissant aux organes judiciaires de la fédération tchécoslovaque, qui sont transférées aux organes judiciaires des États successeurs. Pour terminer, il est question de l'autorisation donnée aux parlements des deux États membres d'alors (le Conseil national tchèque et le Conseil national slovaque), avant même la dissolution de l'État tchécoslovaque, d'adopter des lois, constitutionnelles et autres, par lesquelles ils assurent l'exercice de la compétence de l'État héritier. Il y est également question du droit des deux républiques de conclure en leur nom propre, avant la dissolution de l'État tchécoslovaque, des accords internationaux avec des pays tiers, l'entrée en vigueur de ces traités n'intervenant, dans les deux cas, qu'à compter du 1^{er} janvier 1993.

Légalité et légitimité dans la constitution de la République tchèque

La constitution de la République tchèque renoue avec les traditions démocratiques de la constitution tchécoslovaque de 1920, mais elle est aussi, par les valeurs qu'elle a adoptées, le reflet du constitutionnalisme actuel tel qu'il existe dans tout État européen et moderne. Ainsi peut-on considérer la constitution tchèque comme une constitution moderne standard, dotée de tous les attributs essentiels des constitutions actuelles, qui ont su mettre un terme à la longue expérience de l'humanité liée à un pouvoir politique dont l'expansion a, au cours du XX^e siècle, pris les formes monstrueuses d'un totalitarisme qui bafouait le droit tout en s'arrogeant celui d'en faire l'instrument de son propre pouvoir.

Du point de vue de la légalité et de la légitimité, un arrêté revêt une importance fondamentale pour la continuité de la jurisprudence, pour son interprétation et son application : l'arrêté du Conseil constitutionnel n° 1 du Recueil des arrêts et résolutions du Conseil constitutionnel, livre 1, année 1994, par lequel est refusée la proposition d'un groupe de 41 députés du Parlement de la République tchèque de supprimer la loi n° 198/1993 du Code sur l'illégalité du régime communiste et l'opposition à ce régime. L'une des raisons expressément invoquées à l'appui de cet arrêté est le fait que la Constitution de la République tchèque n'est pas un texte qui s'abstient de prendre position sur l'échelle des valeurs, qu'elle n'est pas un simple garde-fou des institutions et des processus, mais qu'elle inclut dans son texte les idées directrices exprimant les valeurs essentielles et inviolables d'une société démocratique. La constitution accepte et respecte la légalité en tant qu'élément constitutif de la conception globale de l'État de droit ; cela dit, elle ne lie pas le droit positif uniquement à la légalité, mais elle soumet l'interprétation et l'utilisation des normes juridiques à leur signification matérielle, conditionne le droit au respect des valeurs constitutives fondamentales de la société démocratique et mesure à l'aune de ces valeurs l'emploi des normes juridiques. Ce qui signifie, même en cas de continuité avec l'ancien droit, qu'il y a rupture avec les valeurs de l'ancien régime.

Bien que les justifications avancées ici ne soient pas unanimement acceptées, surtout au sujet de la souveraineté de la loi¹⁶, on ne peut nier le bien-fondé de la thèse qui sous-tend la justification de la légalité et de la légitimité. Ainsi que le dit P. Holländer : « ...le pouvoir étatique acquiert une légitimité dès lors que les citoyens le considèrent comme légitime. Il est donc suffisamment justifié et fondé, donc accepté. La légitimité a deux aspects : un aspect lié à la procédure et un aspect lié aux valeurs. Ce qui représente le second aspect de la légitimité, c'est un cadre de valeurs communément accepté dans lequel le pouvoir légitime doit et peut s'exercer. La désobéissance civique est, dans une société moderne, l'instrument grâce auquel l'opinion publique peut, en cas de défaillance ou d'empêchement concernant l'application des procédures démocratiques, réagir aux agissements qui sortent du cadre ci-dessus mentionné. Ses prérogatives et son sens peuvent s'inscrire dans la Constitution... »¹⁷. Pour ce qui est de la légalité, nous la concevons comme la conformité au droit et à la loi, c'est-à-dire comme l'obligation faite à chaque sujet (y compris à l'État et à ses organes) de respecter les lois, de soumettre le pouvoir au droit. La légalité est l'une des conditions *sine qua non* du fonctionnement de l'État de droit. La légalité et la légitimité sont des notions dont le lien est l'un des thèmes classiques de la philosophie politique et de la philosophie du droit actuelles. Ni la légalité ni l'État de droit ne reposent sur une base purement formelle ; tous deux reposent sur le fait que nous ne pouvons séparer des principes dits extra-légaux ni la création ni l'application des lois. Cela est particulièrement vrai dans les situations de bouleversements sociétaux, lorsque les valeurs changent. Presque tous les États de l'ancien bloc soviétique ont connu de tels changements autour de 1989, et c'est la raison pour laquelle ces changements s'exprimèrent souvent, dans le domaine de la politique et du droit, par le biais de questions en appelant à la justice et à l'État de droit. Et cette aspiration à l'État de droit renvoyait à une autre question : le système totalitaire pouvait-il être un État de droit ? Les réponses sont très simples : si tel est le cas, alors la dictature et la tyrannie sont légales ; si tel n'est pas le cas, alors le nouveau régime démocratique se devait de ne pas reprendre une aussi substantielle partie de la jurisprudence de l'ancien système étatique¹⁸.

Une petite remarque en guise de conclusion. Le problème de la continuité juridique et de la transformation politique est une vraie question interdisciplinaire qui comporte toutes sortes d'aspects fragmentaires, souvent contradictoires. Cette communication avait pour objectif de montrer certains de ces aspects en prenant pour exemple l'identité étatique tchécoslovaque et tchèque. Ceux-ci indiquent que le passage d'un système étatique à un autre a respecté le principe de la continuité juridique, et ce dans l'intérêt de la lisibilité juridique. Mais le respect du principe de la continuité juridique ne fut pas total. Le décret présidentiel sur la restauration de l'ordre juridique tchécoslovaque est un exemple flagrant de rupture avec les prescriptions juridiques promulguées sur le territoire tchécoslovaque pendant l'époque de non-liberté, c'est-à-dire entre le 30 septembre 1938 et le 4 mai 1945. Les prémisses de la continuité juridique sont exprimées par les différentes déclarations concernant la validité provisoire de l'ancienne jurisprudence. C'est ainsi que la continuité a toujours intrinsèquement porté un élément de changement de la jurisprudence conforme aux valeurs du nouveau système. Ces valeurs étaient démocratiques et tendaient vers la justice, le respect des droits de l'homme. Une exception, cependant : la modification de la jurisprudence de la République tchécoslovaque après février 1948, qui vit la victoire de la tendance inverse. Il est bon de le rappeler aux partisans de la légalité formelle, qui en font le seul critère d'un État de droit.

¹⁶ Voir par exemple la polémique entre Vl. Klokočka, d'une part, et Fr. Šamalík et V. Pavlíček, de l'autre, parue dans *Lidové noviny* en juin et juillet 1994, ou l'opinion de J. Přibáň dans son ouvrage intitulé *Hranice práva a tolerance*, Praha, SLON, 1997, p. 63.

¹⁷ Holländer, P. : *Základy všeobecné státovědy*, Praha, Všehrd, 1995, p. 37-38.

¹⁸ Přibáň, J. : extrait de *Dílo*, p. 54 et suiv.

Traduit du tchèque par Carole Paris-Formánek